



Secretaría General
Secretaría de Servicios Parlamentarios
CEDIA

**RED DE INVESTIGADORES PARLAMENTARIOS EN LINEA
REDIPAL**

Colaboración de:
Edgar Iván Colina Ramírez

Título:
**“¿ES NECESARIA LA REGULACIÓN VÍA
FEDERAL SOBRE MATERIA DE DERECHO
PENAL DE MENORES?”**

El contenido de la colaboración es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés parlamentario.

Agosto 2010

Av. Congreso de la Unión N°. 66, Colonia El Parque; Código Postal 15969,
México, DF, 15969. Teléfonos: 01 55 50360000 Ext. 67032, 67031
e-mail: jorge.gonzalez@congreso.gob.mx

SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

DIRECCIÓN

¿ES NECESARIA LA REGULACIÓN VÍA FEDERAL SOBRE MATERIA DE DERECHO PENAL DE MENORES?

Por Edgar Iván Colina Ramírez*

Sumario. Introducción, I. Antecedentes del proyecto de la LFJA, II. Proyecto de la LFJA, III. Estructura de la LFJA, IV. ¿Es la LFJA Derecho penal simbólico?, Conclusiones.

Introducción

Corren tiempos de Derecho penal. Ello lo podemos comprobar en las abundantes legislaciones que sobre este cariz se han formulado, principalmente en los países de América Latina. Es a través de estas leyes, que el legislador trata de construir un marco de intervención punitiva del Estado¹ para sofocar los índices delictivos que cada día van en aumento; o al menos así lo percibe la sociedad. Por lo que el legislador bajo este contexto, trata de justificar tantas y tan variadas leyes y reformas en materia penal. Si bien resulta indiscutible que el Estado a través del Derecho penal trate de persuadir al potencial delinciente, mediante una comunicación simbólica del especial valor de intereses que puedan verse afectados; sin embargo, no basta con la necesidad de la intervención penal en aras de la salvaguarda social, ante mecanismos extrapenales que han resultado insuficientes para afrontar los problemas de conductas lesivas de determinados sectores de la sociedad.

El principio de *ultima ratio* del Derecho penal, no significa que constituya una respuesta adecuada o proporcional ante la solución de problemas que otras instancias de protección no pudieron resolver. Una conducta lesiva para la sociedad no se convierte en delictiva por el sólo hecho de que no se hallen (aparentemente) soluciones para su contención².

*Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Miembro de la Red de Investigadores Parlamentarios en Línea del Congreso de México REDIPAL.

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Tiempos de Derecho penal*, B d F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pág. 15.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *o.u.c.*, pág. 21.

Como ha quedado apuntado, corren tiempos de Derecho penal especialmente en México. A través de la reforma constitucional³, se pretende dar un giro radical en lo que al Derecho penal y procesal penal se refiere, por lo que en la actualidad existe gran revuelo en éste último campo ya que se trata de erradicar el sistema inquisitivo (vigente durante casi doscientos años) por las bondades del sistema acusatorio. Sin embargo, las *purimae leges poenales* existentes en el país demuestran todo lo contrario, a la pretensión de erradicación del sistema inquisitorio, para ello sólo basta observar la Ley Federal de Extinción de Dominio⁴. Por lo que a materia de menores se refiere, los cambios que se han tratado de introducir vienen desde antes⁵. Sin embargo obedecen sustancialmente a la reforma penal del dos mil ocho.

La reforma sobre menores infractores de dos mil cinco, establece que la Federación, los Estados y el Distrito Federal⁶, deberán establecer en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para quienes hayan cometido un delito y se encuentren en un rango de entre 12 y menos de 18 años de edad. Por lo que el legislador federal, en atención a dicha reforma realizó un proyecto de Ley federal de justicia para adolescentes (LFJA); proyecto que en la actualidad, se discute en el Congreso de los Diputados, independientemente de las buenas intenciones del legislador sobre esta materia. Consideramos que una ley federal para adolescentes resulta un tanto carente de sentido político-criminal.

³ Vid. al respecto Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008.

⁴ Vid. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Consideraciones generales sobre la Ley federal de extinción de dominio*, Colección Sistema Acusatorio, N° 2, Ubijus / Félix Cárdenas S.C, México, 2001, *passim*.

⁵ Vid. Diario Oficial de la Federación de 12 de diciembre de 2005.

⁶ México se constituye según el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental. Por lo que al establecerse la forma de gobierno como un régimen federal, se dota a los Estados de plena autonomía para legislar sobre determinadas materias entre ellas sobre materia penal, pero con determinadas restricciones, *verbigratia* narcotráfico, entre otras.

Si atendemos a las estadísticas del año 2009, generadas por la Dirección ejecutiva de tratamiento a menores del Gobierno del Distrito Federal⁷, podemos ver que en cuanto a los delitos cometidos por los menores de edad, del 100%; el 92.16% es por robo; el 1.2% por tentativa de robo; el 0.17% por lesiones y el 1.9% por delincuencia organizada, portación de armas de fuego, delitos contra la salud. El 1.77% por lesiones; el 0.7% por privación ilegal de la libertad (secuestro); el 0.25% por extorsión; el 0.08% por tentativa de violación; el 0.74% por violación y el 0.5% por otros delitos. Cabe señalar que se tomó como rango referencial las edades de entre los trece y los veinticuatro años, por lo que cabría descontar la población de los dieciocho a los de veinticuatro años. A estos adolescentes no se les enjuicia bajo el régimen de menores infractores, sino que se les aplica el proceso penal para adultos. Asimismo cabe descontar los delitos contra la salud y portación de arma de fuego; estos delitos se regulan a través del Código Penal Federal (CPF) y la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (LFAFE).

De lo anterior se desprende, que casi la totalidad de los delitos cometidos por menores se refieren al robo. Dicho sea de paso, todos los Códigos penales de las entidades federativas regulan dicha figura delictiva. Además, en materia de narcotráfico en la actualidad, existe un proyecto de ley por el que se les dota de competencia a los Estados, para legislar sobre la venta de estupefacientes a menor escala (narco menudeo). En este sentido, consideramos que una legislación a nivel federal respecto a los adolescentes resulta inocua; pues los procesos juzgados por dicha ley serán escasos, por no decir nulos.

En el presente trabajo se analizarán las líneas y fundamentos por los que el legislador mexicano trata de justificar la inclusión de la LFJA, así como un reflejo sustancial de lo que ha sido la justicia de menores en México. Finalmente concluiremos si esta ley de nuevo cuño, forma parte de la cada vez más utilizada función simbólica.

⁷ <http://www.detm.df.gob.mx/?p=966>.

I. Antecedentes del proyecto de la LFJA

Haciendo referencia desde la época del México precolombino⁸, nos limitaremos a señalar las legislaciones que a nuestro juicio han tenido mayor trascendencia en el país en lo que a justicia de menores se refiere. A través del Decreto de 17 de enero de 1853, son creados los jueces de menores de primera y segunda instancia; nombrados por el Gobierno federal a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La función de estos juzgadores va más allá del ámbito estrictamente penal, pues también tomaban medidas contra jóvenes vagos⁹.

En el Código Penal (CP) de 1871, se estableció como base la edad y el discernimiento para determinar la responsabilidad penal del menor. Los menores de nueve a catorce años, estaban sujetos a dictamen pericial para poderse fincar responsabilidad penal, mientras que a los menores de catorce a dieciocho años, se les consideraba con pleno discernimiento¹⁰. Este Código engloba los conceptos de defensa social y de readaptación como objetivo de la sanción. En la exposición de motivos¹¹ de la citada ley, se establecía que: *«Después de haber estado por largo tiempo entregados al trabajo y recibiendo una instrucción moral y religiosa, la comisión no duda que muchos de los criminales vuelvan al sendero del honor y de la virtud, porque como dice Bonneville con la elocuencia acostumbrada: Todos estos desgraciados que, á pesar de sus vicios conservan aún el sentimiento de la dignidad del hombre; todos aquellos que tengan una madre, una esposa ó hijos á quienes amar y mantener, que no hayan renunciado á los santos goces de la familia; que suspiren por el aire, por el sol, por su independencia, ¿no sentirán saltar su corazón y que se dilata con esta preciosa esperanza? ¿No experimentarán una emoción de dicha y de orgullo, al pensar que con su buena conducta y sometién dose voluntariamente a las leyes, podrán por sí mismos conquistar la*

⁸ Vid. ampliamente RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminalidad de menores*, 4ª, ed., Porrúa, México, 2004, págs.5 y ss.

⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, o.u.c., pág. 351.

¹⁰ BLANCO ESCANDÓN, Celia, «Estudio histórico comparado de la legislación de menores infractores» en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.) *Estudio jurídico en homenaje a Marta MORINEAU. Sistemas jurídicos contemporáneos de Derecho comparado. Temas diversos*, T.II, UNAM, México, 2006, pág. 103.

¹¹ Vid. al respecto SOTO ACOSTA, Federico Carlos, «Historia de la justicia de menores (adolescentes) en México», en *Revista de Derecho y Política*, N° 4, Marzo 2007, México, págs. 12 y ss.

libertad y tal vez el honor? Apareció también el concepto de individualización de la pena».

En los años comprendidos entre 1903 a 1920, son realizados diversos proyectos de ley sobre materia de menores. En 1903 fue propuesta la creación de un juez denominado paternal; en 1912 regresan a los postulados del CP de 1871, y en 1920 se propone la creación de un Tribunal para menores que tuviese a su vez la función de protector del hogar y de la infancia¹².

En 1926, se aprobó el Reglamento para la calificación de los infractores menores de edad en el Distrito Federal. Este reglamento contenía un procedimiento sencillo que se ocupaba de los menores de dieciséis años, que fuesen absueltos por falta de discernimiento por lo tribunales comunes¹³. El 26 de junio de 1941, se creó la ley Orgánica y normas de procedimiento de los tribunales de menores y sus instituciones auxiliares en el Distrito Federal y territorios federales, ley que tuvo vigencia durante treinta y tres años¹⁴. No es hasta mediados de 1974, que se crean los Consejos tutelares para menores infractores del Distrito Federal y territorios federales¹⁵.

La ley que rige en la actualidad es la Ley para menores infractores para el Distrito Federal, en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia federal. No obstante en la actualidad se encuentra en proyecto la «*Ley federal de justicia para adolescentes*»; proyecto en el que, en lo sucesivo nos centraremos.

Las leyes que se han aplicado en México, han correspondido a diversos modelos de justicia de menores, -penal, tutelar y de garantías-. Estos corresponden en gran parte a la aplicación de tratados y acuerdos internacionales.

¹² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminalidad...*, 2004, págs. 351 y ss.

¹³ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminalidad...*, 2004, pág. 352.

¹⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminalidad...*, 2004, págs. 353.

¹⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminalidad...*, 2004, págs. 354.

El primer modelo (penal) se aplicó en México a partir de los años 1920, a 1940, cuando se fundaron los tribunales para menores¹⁶. Este modelo propicio que quedasen fuera de los tribunales y prisiones para adultos. La función de las instituciones privadas de educación y corrección de los menores dejó de ser una obra humanitaria y se convirtió en una acción de tutela estatal¹⁷. El modelo tutelar apareció con la promulgación de la Ley que creo los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal. Esta ley deroga los artículos 119 a 122 del CP de 1871, relativo a la delincuencia de menores. Con este modelo, se sustrajo al menor del Derecho penal, aunque al encontrarse estos bajo un régimen de excepción el Estado, este último se erigió como representante legítimo de sus intereses. Con esta ley, los menores podían ser detenidos sin orden de busca y captura e incluso a solicitud de sus padres; no tenían defensa ni podían apelar las resoluciones del Consejo; tampoco existía un procedimiento formal en el cual se demostrara el supuesto ilícito o se admitieran pruebas¹⁸.

El modelo de garantías nace de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, de los que el Estado mexicano es parte. Bajo este contexto, se aprobaron dos nuevas leyes y una reforma constitucional, que en su conjunto adoptaron los lineamientos y principios que se desprenden de la mencionada Convención. Así es como surgió la hasta hoy vigente (al menos en el ámbito federal) Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal¹⁹; la cual en poco tiempo quedó derogada al aprobarse la LJFA, ya que la ley de menores en el ámbito del DF, entro en vigor el día catorce de noviembre de 2007²⁰.

¹⁶ Vid. ampliamente con bibliografía ahí citada a ARELLANO TREJO, Efrén, «Sistema integral de justicia para adolescentes», *Centro de estudios sociales y de opinión pública*, N° 3, México, Septiembre 2006, pág. 3.

¹⁷ Vid. ampliamente a AZAOLA G., Elena, «La institución correccional en México. Una mirada extraviada», en AA.VV., *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores. Diagnostico y propuestas*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1996, pág. 21.

¹⁸ ARELLANO TREJO, Efrén, «Sistema integral...», 2006, pág. 4.

¹⁹ Vid. DOF de 25 de enero de 1991.

²⁰ Vid. Gaceta Oficial del Distrito Federal de 14 de noviembre de 2007.

II. Proyecto de la LFJA

En razón de la reforma constitucional que hubo en México en el año 2005²¹, se tomo en consideración por vez primera la creación de una ley federal para adolescentes, el artículo 18 constitucional, en sus párrafos cuarto, quinto y sexto, propone que la Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a los menores infractores. En este se garantizarán los derechos fundamentales que reconoce la Constitución mexicana para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.

Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetas a rehabilitación y asistencia social. La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente. Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas; las cuales serán proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda. Podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de delitos calificados como graves.

²¹ *Vid.* especialmente la reforma del artículo 18 Constitucional, publicado en el DOF, el 12 de diciembre de 2005.

Esta reforma constitucional en materia de menores, ha cambiado el paradigma a la atención de la infancia en el ámbito del Derecho penal²². Con ello el legislador mexicano trata que los menores tengan una responsabilidad clara ante la ley y, por otra se hace obligatoria para toda la federación la creación de un sistema de protección de sus derechos²³. Bajo este contexto, se creó un marco jurídico para dotar de recursos a las instituciones que les permitieran limitar la intervención del Estado, en aquéllos casos en los que una persona que aún no ha cumplido la mayoría de edad penal, haya cometido una conducta delictiva. Asimismo, regula la intensidad de la intervención estatal y finalmente se crean instituciones especializadas en menores²⁴.

Con dicha reforma, se tratan de establecer los lineamientos y parámetros para que los Estados y la Federación, en el ámbito de sus competencias creen sistemas de responsabilidad para los menores de entre doce y diecisiete años de edad²⁵. De igual manera se propone un sistema integral con el conjunto de los derechos de los menores reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); consideración que a nuestro juicio resulta redundante pues como el propio artículo 1 de la propia CPEUM, establece, todo individuo gozará de las garantías que otorga la propia Constitución; por lo que con independencia de la edad, nacionalidad o cualquier otra condición toda persona que se encuentre en territorio mexicano tiene la protección a sus derechos fundamentales, por lo que no resulta necesaria una declaración en ese sentido.

Se contempla por vez primera, en una legislación nacional el interés superior del menor. Ello parece más que lógico ya que desde la Convención de los Derechos del Niño (CDN), que en su artículo 3. 1, establece: «...en todas las

²² CARBONELL, Miguel, «Constitución y menores de edad», en GONZÁLEZ MARISCAL Olga Islas de / CARBONELL, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2007, pág. 31.

²³ Vid. ampliamente con bibliografía ahí citada a ARELLANO TREJO, Efrén, «Sistema integral de justicia para adolescentes», *Centro de estudios sociales y de opinión pública*, N^o 3, México, Septiembre 2006, pág. 9.

²⁴ GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, «La reforma al artículo 18 constitucional. Hacia un nuevo sistema de justicia juvenil» en AA.VV., *Memorias del seminario internacional Los derechos humanos de los Niños, niñas y adolescentes*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2006, pág. 384.

²⁵ GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, *o.u.c.*, pág. 393.

medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño», y el Estado mexicano al ser parte de dicha convención²⁶, no sólo es una prioridad su establecimiento en la legislación, sino una obligación.

III. Estructura de la LFJA

La estructura del proyecto de la LFJA se compone de seis títulos²⁷, los cuales se analizarán a continuación:

El título primero denominado «Disposiciones Generales», está compuesto por tres capítulos en los que se menciona el objeto de la ley, los sujetos a los que está dirigida²⁸, principios rectores y criterios de interpretación de sus normas y objetivos específicos. Asimismo se establecen los derechos de los adolescentes sujetos a proceso y medidas, así como los derechos de las víctimas u ofendidos; se incluyen también las reglas para la responsabilidad frente a las leyes penales federales, y las causas de exclusión de la responsabilidad.

El título segundo está dedicado a las autoridades, instituciones y órganos encargados de la aplicación de la ley. Se describen los órganos e instancias que conforman el sistema, su adscripción, instituciones y autoridades, así como las funciones de las policías federales. Por otra parte, se establece como

²⁶ El 19 de junio de 1990 el Senado de la República Mexicana ratificó este convenio.

²⁷ Vid. ampliamente el «*Dictamen de las comisiones unidas de justicia; gobernación y de estudios legislativos, que contiene proyecto de decreto por el que se expide la ley federal de justicia para adolescentes, se reforma y adiciona la ley orgánica del poder judicial de la federación, la ley orgánica de la administración pública federal, la ley orgánica de la procuraduría general de la república, y la ley federal de defensoría pública*», de la Cámara de Senadores de la LIX Legislatura.

²⁸ El artículo 2 de dicho proyecto establece como sujetos a dicha ley, los menores de entre 12 años cumplidos y menores de 18 años. Asimismo también serán sujetos a esta ley las personas de 18 a 24 años que no cumplidos de edad, a quienes se atribuya o compruebe la realización de una conducta tipificada como delito en las leyes federales, cometida cuando eran adolescentes, a quienes se les aplicará el Sistema Federal de Justicia para Adolescentes. (Consideramos que hubiese sido mejor cambiar la frase «cuando eran adolescentes», por el de «cuando eran menores», ya que el vocablo «*adolescentes*», el cual es un elemento jurídicamente indeterminado pues la voz adolescencia establece que es la edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo.

quedan conformados los organismos e instituciones que intervienen en dicha ley. Esta se integrará de ministerios públicos para Adolescentes adscritos a la Procuraduría General de la República (PGR); jueces de Distrito, con funciones de control de garantías durante la fase de sujeción a proceso; de sentencia y de control de la legalidad en la ejecución de las medidas, así como magistrados de Circuito y defensores Públicos, todos especializados en justicia para adolescentes. Una Dirección General de Ejecución de Medidas, Centros Federales de Internamiento para Adolescentes y para Adultos Jóvenes, dependientes todos de la Secretaría de Seguridad Pública, de igual manera del personal profesional especializado necesario para operar el sistema.

En cuanto al título tercero referente al proceso, se compone de cinco capítulos en los que se establecen las reglas generales, se regulan las fases de investigación y formulación de la remisión al juez; el procedimiento inicial y el juicio y, finalmente, un último capítulo que sistematiza los procedimientos alternativos al proceso.

En el título cuarto denominado de las Medidas, se sientan las bases generales en torno a las medidas que pueden ser aplicadas, los fines que se persiguen con su aplicación, su definición, condiciones de aplicación, intensidad y duración.

El título quinto del procedimiento de ejecución de las medidas, señala los deberes y atribuciones del órgano ejecutor, así como del juez de Ejecución; también los procedimientos que facultan a dicho juez para adecuar las resoluciones dictadas por el juez de Sentencia para Adolescentes, o bien para decretar el cumplimiento anticipado de la medida. Esto es así, en virtud de que no existe en la legislación federal regulación referente a la ejecución de sanciones. Se incluyó en este título, un capítulo especial para controlar las medidas que deben cumplirse en internamiento.

Finalmente en el título Sexto denominado de los recursos, se regulan los recursos que admite la Ley contra las decisiones y resoluciones de las autoridades. Así el recurso de revocación, opera contra las resoluciones que

resuelven sin sustanciación un trámite del proceso; el de apelación contra las resoluciones dictadas por el juez especializado en adolescentes, siempre que causen agravio irreparable, pongan fin a la acción o hagan imposible que esta continúe; y contra las del juez de Ejecución que adecúen o declaren el cumplimiento de la medida. El recurso de queja se interpone por las personas sujetas a medida de internamiento contra el personal de estos centros de internamiento o contra los representantes de las dependencias, instituciones u organizaciones públicas, privadas o sociales que colaboren en la aplicación de la medida. La reclamación, se interpone contra las resoluciones dictadas por la Dirección General de Ejecución de Medidas o por cualquier autoridad de los centros de internamiento que vulneren los derechos y garantías de los adolescentes, o bien contra la falta de respuesta a un recurso de queja, la nulidad tiene por objeto examinar si la resolución final dictada por el juez especializado en adolescentes no observó o aplicó erróneamente un precepto legal. Finalmente la revisión, procederá contra sentencia firme, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

IV. ¿Es la LFJA Derecho penal simbólico?

El fin del Derecho penal no se debe de reducir a la prevención de delitos, sino que de igual manera debe de reducir en mayor medida su propia intervención²⁹. Esto es lo que la mayoría de la doctrina ha denominado «mínima intervención»³⁰; denominación que no consideramos del todo correcta, ya que bajo el pretexto de la minimización del Derecho penal puede ponerse en peligro el cuidado de la protección de valores realmente merecedores de la tutela penal; por tanto la intervención penal no debe de ser mínima sino necesaria³¹.

Consideramos que el legislador antes de crear leyes penales, debe de valorar que si renuncia a la tutela penal y a la par establece diversos mecanismo de control y con ello no disminuye la menor eficacia preventiva, resulta obvio que

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., ampliada y actualizada, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pág. 388.

³⁰ Vid. por todos a LANDECHO VELASCO, Carlos María / MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho penal español, PG.*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, pág. 58.

³¹ Vid. al respecto a POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal PG. Tomo I Fundamentos Científicos del Derecho Penal*, 5ª, ed., con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona 2004, págs..210 y ss.

debe ciertamente renunciar a la aplicación del Derecho penal. Si por lo contrario del aumento o la creación de una ley *ex novo*, no se puede esperar un incremento en la prevención, entonces debe renunciarse a la adición o creación de esa ley penal³².

Lo antes expuesto permitirá por un lado encaminar por otros derroteros la política criminal que se ha venido gestando en los últimos años en los países de corte occidental y por otro, sentar las bases para una disminución de la gravedad de las sanciones desde una óptica preventivo general.

La prestación de garantía que realiza el legislador a través de diversas leyes – primordialmente la penal- es la confirmación de la identidad normativa de la sociedad³³. Sin embargo, a la par de los fines legitimadores también subyacen las funciones que el propio Derecho penal desarrolla; como lo es el llamado efecto social empírico que sirve al Derecho penal. No obstante es conveniente destacar que dichas funciones no deben ser tomadas en consideración frente a la legitimación de si mismo³⁴.

Estas funciones sociales, las podemos dividir en: ético-social, simbólica y satisfacción de necesidades psico-sociales. Se caracterizan primordialmente por tener una estrecha relación con la sociedad, lo que no significa que otras funciones como la represiva o la prevención negativa no tengan influencia social; sólo que a diferencia de las antes mencionadas, éstas últimas van dirigidas al sujeto en concreto, es decir al individuo que ya ha delinquido.

Concretamente la «**función simbólica**» del Derecho penal, se puede definir como, *el efecto psicológico que la prohibición genera en la mente de los políticos, del legislador y los electores (autocomplacencia, satisfacción, en los primeros; confianza y tranquilidad en estos últimos) que nada tiene que ver con*

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *loc. cit.*

³³ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996, pág. 18.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación...*, 2010, pág. 473

*la protección de bienes jurídicos a través de la tutela de la vigencia normativa*³⁵. Es decir con ello se produce de manera general un efecto tranquilizante de un legislador atento y decidido que satisface a toda la sociedad en general, aunque no se prevengan con eficacia los delitos que se tratan de evitar³⁶.

En este sentido, un proceder legislativo simbólico no garantiza mayor protección de los bienes jurídicos afectados, como es el caso de la LFJA. Trasladar las conductas delictivas, ya reguladas por otros ámbitos de gobierno (los Estados) a través de una norma de carácter federal únicamente por el mayor efecto retórico que ello tiene, no garantiza en nada la función de prevención que se quiere con ella evitar. Consideramos que el problema no es *per se*, la utilización de elementos simbólicos en la legislación, sino más bien la absolutización de ésta en las disposiciones legales que, incapaces de cumplir directamente con el fin y función de la propia norma, se quedan estancados en la pura función simbólica, sin dar un contrapeso a la función instrumental. En este sentido, hay que entender que un Derecho penal exclusivamente simbólico pierde a largo plazo su fiabilidad, como va a ser el caso de la LFJA, ya que a pesar de su retórica o su estructura argumentativa en nada va a mejorar el sistema judicial de menores; pues como hemos apuntado está ley será de escasa o nula aplicación. Así, la mayoría de las conductas delictivas cometidas por menores, están reguladas en los Códigos penales de los Estados, y el índice delictivo en materia de menores a nivel federal es casi imperceptible.

Conclusiones

Independientemente de la buena fe del legislador penal de regular en un ámbito federal un tratamiento penal para los adolescentes, resulta necesario *prima facie*, observar los fines que tratará de cumplir la LFJA. No sólo vale fundamentar la existencia de esta ley en razón de sustituir al actual modelo de atención para menores infractores, por un sistema garantista que trasciende los

³⁵ GARCÍA-PABLOS, Antonio, *Derecho penal, Introducción*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1995, pág. 50.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación...*, 2010, pág. 482.

límites del tutelarismo³⁷, pues además resulta necesario fundamentar su existencia a través de la necesidad preventivo-general, sin embargo no sólo es de importancia dicha prevención. Sino que además de esta necesidad preventiva, se debe de legitimar para reducir al mínimo posible, el grado de violencia lo que obviamente con esta ley no se cumplirá puesto que tales fines y funciones del Derecho penal ya se encuentran establecidos en las leyes estatales.

La legislación penal, al ser parte de una sociedad que se expresa a través de «*símbolos*», establece la regulación de un tipo penal no carece de efectos sociales, ya que esta penetra en la conciencias de los ciudadanos. En principio cumple con la función de integración social general, o de ciertos grupos en lo particular; ello no fundamenta la existencia sin más de un modelo federal de justicia para adolescentes, pues como hemos señalado dicho modelo de justicia de menores ya existe en los Estados integrantes de la Federación, por lo que su regulación en gran medida resulta ociosa.

La utilización de un Derecho penal simbólico en las legislaciones, no se hace de una manera clara, en la que se perciba *prima facie* tipos perfectamente definidos y cuyo rasgo común sea su inaplicabilidad, por falta de incidencia en la realidad social, sino más bien el legislador camufla de tal manera al Derecho penal simbólico dotándolo de una especial importancia, en base a aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de leyes de tales características, como lo hace en la LFJA.

³⁷ Vid. ampliamente la exposición de motivos del proyecto de LFJA.